

PERGUNTAS SUGESTIVAS, VERDADE E CONTRADITÓRIO

CARLOS EDINGER

Discente da Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Integrante
do Núcleo de Estudos de Direito Processual Penal
UFRGS/CNPq.

Resumo: Este artigo pretende estudar o fenômeno das perguntas sugestivas na oitiva de testemunhas no processo penal. Como fundamento legal, utiliza-se o Código de Processo Penal, principalmente seu art. 212, e a Constituição da República Federativa do Brasil. Com esse substrato, traçar-se-ão os fundamentos da vedação às perguntas sugestivas, sob uma perspectiva da admissibilidade probatória e dos valores reitores do processo penal brasileiro. Para tanto, faz-se necessário estabelecer que valores são esses, sob o que eles incidem, no aspecto específico do trabalho, e qual a consequência da violação à regra prevista no referido art. 212. Exposto isso, ver-se-á que a vedação à admissibilidade de perguntas sugestivas se justifica por um aspecto principiológico, tendo em vista que elas obstam o contraditório e por um aspecto teleológico, tendo em vista que elas obstam a busca da verdade. Com isso, chega-se à conclusão de que a consequência de se fazer uma pergunta sugestiva na oitiva de testemunhas no processo penal é a constatação de um vício e a decretação de sua nulidade.

Palavras-Chave: Processo Penal. Testemunhas. Perguntas Sugestivas.

Abstract: This article aims to study the phenomenon of leading questions on hearing of witnesses in criminal proceedings. As legal grounds, the Constitution of the Federative Republic of Brazil and the Brazilian Code of Criminal Procedure will be referred, particularly its article 212. Thus, the fundamentals of prohibition of leading questions will be outlined, from the perspective of evidentiary admissibility and the informative values of the criminal justice process. In order to fulfill this, it is necessary to establish which these values are, on what they focus, on the specific aspect of this work, as well as what are the consequences of violating the rule laid down in that article. After this, it will be seen that the prohibition to the admissibility of leading questions is justified by a matter of principle, considering that these questions hinder the adversarial principle, and by a teleological aspect, given that they hinder the pursuit of truth. With all of this being said, one comes to the conclusion that the consequence of making a suggestive question on hearing of witnesses in criminal proceedings can only be its nullity.

Keywords: Criminal Practice. Witnesses. Leading Questions.

1. Introdução

O presente trabalho diz respeito à oitiva testemunhal. Esse assunto foi objeto da alteração legislativa de 2008, que, no Código de Processo Penal, modificou dispositivos atinentes à produção da prova testemunhal.

Essa alteração trouxe um novo procedimento, privilegiando o papel das partes na inquirição das testemunhas. Ela, também, disciplinou o papel do magistrado nesse procedimento, tendo em vista que a ele cabe inadmitir perguntas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.

Este artigo se insere nesse contexto. Falar-se-á, especificamente, sobre a vedação às perguntas sugestivas. Assim, quais os efeitos dessas perguntas feitas às testemunhas no processo penal? Eis o que se pretende responder. Isso se dará a partir da hipótese que deu azo ao presente texto: há formas legais e ilegais de se perguntar a uma testemunha. Formular perguntas, de forma sugestiva, é uma forma ilegal de se questionar uma testemunha, pois não se compatibiliza com os valores que informam o processo penal.

2 A Busca da Verdade

Aqui, de início, serão tratadas as diferentes concepções de verdade e será adotada a que mais satisfaz o direito processual e o direito probatório. Para além de problemas filosóficos, o Direito é uma ciência social aplicada, e, como tal, é uma metalinguagem que tem como sua linguagem analisada a prática.

Nesse contexto, referir-se-á, especialmente, os ensinamentos de Michele Taruffo. Adiante-se, desde logo, que a verdade, para o presente trabalho, é adotada no que tange seu aspecto de correspondência. Trata-se, portanto, de enxergá-la em maior ou menor grau, e não em termos absolutos. A correspondência aqui defendida se refere tanto ao acontecimento histórico sob exame quanto ao conjunto probatório sob exame (a chamada coerência narrativa).

A partir da constatação da preponderância da narrativa no processo e da impossibilidade de se alcançar uma verdade absoluta, analisar-se-á os limites dessa busca, que nada mais são do que os critérios de inadmissibilidade de provas. Esses são controles epistêmicos que, para além de defesa do acusado, mostram-se como instrumentos para o desenvolvimento de um processo constitucionalmente justo.

Uma visão que deve orientar a leitura deste trabalho é a seguinte: a vinculação do direito com a psicologia e a lógica é inegável. Afinal, “[é] impossível que o juiz conheça os fatos trazidos a sua apreciação sem desenvolver processos psíquicos e lógicos que esses fatos requerem para o seu conhecimento”¹. Tendo isso em mente, falar-se-á da verdade.

Em tempos contemporâneos, critica-se – muito – a própria existência da verdade. É a desvalorização da “possibilidade de formular descrições verdadeiras de ocorrências do mundo externo”². Todavia, não se pode concordar com um relativismo extremo, pois, com isso, não

¹ VARELA, C. A. *Valoración de la Prueba*. 1. ed. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1990, p. 21.

² TARUFFO, M. *Simplemente la Verdad: El juez y la construcción de los hechos*. 1. ed. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 93.

há razão para se debater e dialogar, tendo em vista que, se a resposta não precisa corresponder a nada (tudo é relativo, afinal), não há motivo para se importar com o resultado final.

Considerando-se esses aspectos, é prática corrente distinguir a verdade absoluta da verdade relativa, ou, também, a verdade real da verdade processual. A primeira corresponderia ao absoluto externo ao processo, enquanto que a segunda se relacionaria à fixação formal dos fatos sob julgamento. Essa distinção é justificada – supostamente – pelos limites à busca da verdade no processo, que não existiriam fora dele.

Todavia, ela não se sustenta, pois a verdade dos enunciados processuais sobre os fatos depende da realidade destes, “que [ocorrem] tanto no processo quanto fora dele”³. Com isso, nega-se a possibilidade de uma valoração absoluta, em termos de verdadeiro ou falso, absoluto ou relativo, real ou processual, passando-se a adotar uma distinção de graus entre a verdade dita real e a verdade dita processual.

Outra distinção que se deve examinar é a que ocorre entre verdade e certeza. A verdade (e ser verdadeiro ou não) é critério de correspondência entre o enunciado e a realidade, enquanto que a certeza é estado subjetivo daquele que analisa os fatos. No processo, a importância disso está na motivação da decisão judicial, pela qual o magistrado explicará o porquê de sua certeza e possibilitará o controle pelas partes⁴.

O problema que aqui se traz não é a impossibilidade de se chegar à verdade do que ocorreu no passado, mas sim que “raramente podemos, se é que alguma vez podemos, estar absolutamente certos sobre qual é a verdade sobre uma dada questão”⁵. Adverte-se, portanto, que há, sim, a possibilidade de erros, sendo que a certeza (aspecto subjetivo) pode não corresponder a verdade (como correspondência), tendo em vista que as provas – mormente a prova testemunhal – são passíveis de falhas⁶.

Em que pese se afirmar ser “inviável [...] continuar falando em verdade no processo, diante da impossibilidade de reconstrução do ato tal e qual ele aconteceu”⁷, considera-se essa postura verdadeiro niilismo frente à realidade, sintoma de paradigmas relativísticos contemporâneos. A verdade como correspondência entre o enunciado sobre os fatos e o acontecimento histórico sob julgamento é, sim, possível de ser alcançada no processo.

Essa exigência de verdade se relaciona com critérios de legitimidade do sistema processual e da decisão jurídica. Assim, estabelece-se um vínculo teleológico, segundo o qual o processo deve se orientar a essa busca, sem confiar, “ingenuamente, na possibilidade de reconstruir os fatos tais quais eles ocorreram no passado”⁸. Relaciona-se, também, com a unidade das provas e, de certa forma, abre a possibilidade de criação de narrativa processuais que serão mais ou menos persuasivas na medida em que apoiadas por mais de um elemento probatório e, portanto, correspondem em maior grau ao fato histórico.

³ TARUFFO, M. *op. cit.* p. 100-101.

⁴ TARUFFO, M. *op. cit.* p. 102-105

⁵ MACCORMICK, N. *Retórica e o Estado de Direito: Uma teoria da Argumentação Jurídica*. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 296.

⁶ ALCOY, F. P. *Prueba de indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia*. 1. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 150-151.

⁷ GESU, C. D. *Prova Penal e Falsas Memórias*. 2ª. ed. Porto Alegre: [s.n.], 2014, p. 92.

⁸ KNIJNIK, D. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 14-15.

Nesse sentido, sobressaem os critérios lógicos e jurídicos que orientam o nosso pensar. Neil MacCormick traz a ideia de coerência narrativa, que “fornece um teste sobre a verdade ou a provável verdade de proposições sobre coisas e eventos não percebidos”⁹. Continua, ao afirmar que a história mais consistente é aquela que envolve o menor grau de improbabilidade – é dizer, o maior grau de probabilidade de ocorrência. Isso nada mais é do que a visão de verdade acima tratada. Em que pese o termo utilizado ser a probabilidade, considera-se que o vocábulo plausibilidade se coaduna bem mais com a ideia que se tenta propor.

Ainda que seja um critério útil que devamos levar em consideração, vale dizer que a normalidade e a repetição de certa ocorrência (portanto, a probabilidade) não é a única orientação que se deve seguir. Com Taruffo, pode-se afirmar que o cálculo de probabilidade quantitativa não é o único aplicável ao processo, só havendo motivos para falarmos em probabilidade se ela disser respeito ao raciocínio probatório, que faz referência ao conceito de probabilidade lógica. Em outras palavras, fala-se de probabilidade quando ela se refere “ao grau de confirmação que as provas podem dar aos enunciados descritivos que fundamentam a decisão”¹⁰.

Quanto a isso, ainda, Douglas Walton distingue, de forma lúcida, probabilidade de plausibilidade – reiterando o que acima foi dito -, sendo que a essa (e não àquela) se refere o conceito tratado no parágrafo acima. A plausibilidade, para ele, é “um tipo de inferência baseada em algo que pareça ser verdade”¹¹. Essa inferência, por sua vez, é baseada naquilo que o julgador espera ser normal, a partir de sua familiaridade com a situação.

As observações aqui feitas servem para constatar que a busca da verdade é tão importante quanto as garantias constitucionalmente estabelecidas. Vale lembrar que, por vezes, essas limitam aquela, pois todas são princípios que norteiam o ordenamento processual penal, sem grau de hierarquia entre si.

3 O Constrangimento Epistemológico

De forma geral, é o legislador que estabelece os critérios legais para que se limite a verdade. Esses critérios servem para conciliar a liberdade de convencimento do julgador com a legitimidade do sistema¹². Justificam-se pelo fato de que os benefícios advindos das garantias dadas aos acusados, sob um ponto de vista social e institucional, suplantam a importância do convencimento no caso concreto. É o mesmo que dizer que, em alguns casos, há valores mais importantes do que a busca da verdade.

⁹ MACCORMICK, N. *op. cit.* p. 294-295.

¹⁰ TARUFFO, M. *op. cit.* p. 108.

¹¹ WALTON, D. *Legal Argumentation and Evidence*. 1ª. ed. Pennsylvania: The Pennsylvania State University Press, 2002, p. 17.

¹² ELLERO, P. *De la Certidumbre en los Juicios Criminales o Tratado de La Prueba en Materia Penal*. 1. ed. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1980, p. 23.

Essas vedações, “por um lado, servem para a garantia dos direitos fundamentais”. Por outro lado, servem “[para preservar] a integridade constitucional, particularmente através da realização de um processo justo”¹³.

Esses valores, como regra, partem da premissa de que a prova não é só a reconstrução do passado, mas também conta com um viés argumentativo, ao qual, por sua vez, devam ser impostos limites epistemológicos, com o fim de que não se produzam juízos fáticos que não possuam nenhuma correspondência com a realidade.

A prova, assim, é todo elemento que subsidia um enunciado argumentativo, cujos fins são narrar o passado e transmitir certeza àquele que julga¹⁴¹⁵¹⁶¹⁷. Com essa concepção, diz-se que se prova não os fatos, mas sim os enunciados sobre os fatos. Esses enunciados, por sua vez, possuem um caráter mais argumentativo do que descritivo, de forma a dar coerência e consistência à narrativa processual.

A regulamentação da atividade probatória se trata de um constrangimento epistemológico, que tange tanto o aspecto demonstrativo quanto o aspecto persuasivo. Neste, relaciona-se à regulação do procedimento; naquele, ao controle do juízo de fato e da fundamentação¹⁸. Assim, diz-se que ambos os aspectos estão presentes na atividade probatória.

Todavia, apesar de essa visão eclética contemplar as necessidades práticas que, eventualmente, mostrem-se, acredita-se que não é ela a correta, porque o aspecto demonstrativo também é persuasivo. Isso é importante para fundamentar, ainda mais, a possibilidade de constrangimento epistemológico que é a vedação probatória, sob seu ponto de vista procedimental, tendo em vista que o aspecto demonstrativo ressalta a busca, ilimitada, da verdade, como acima delineado.

Danilo Knijnik afirma que o ponto de partida da visão demonstrativa é “a autonomia do mundo fático. [Ela] supõe viável uma atividade empírica que introduza a verdade nos autos”¹⁹ e que seu ponto de chegada é a “apreensão do mundo fenomênico”. Essa visão, todavia, não captura o fenômeno em sua complexidade.

Como foi visto, a verdade é a correspondência e a plausibilidade do enunciado descritivo. Esse enunciado, por sua vez, encontra-se acompanhado de muitos outros, ao longo do processo. Esse conjunto de enunciados dão a coerência narrativa e a consistência à narrativa processual encetada. Eis aí a função persuasiva de enunciados descritivos

¹³ AMBOS, K.; LIMA, M. P. *O Processo Acusatório e a Vedação Probatória: perante as realidades alemã e brasileira: com a perspectiva brasileira já de acordo com a reforma processual de 2008 - Leis 11.689, 11.690 e 11.719*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 82-83.

¹⁴ ECHANDIA, H. D. *Compendio de Derecho Processal*. 3ª. ed. Bogotá: Editorial ABC, v. II, 1973, p. 8.

¹⁵ MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. *Provas*. 2ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 59.

¹⁶ CINTRA, A. C. D. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. *Teoria Geral do Processo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 112-113.

¹⁷ GIACOMOLLI, N. J. *O Devido Processo Penal: Abordagem Conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. 1ª. ed. São Paul: Atlas, 2014, p. 159-164.

¹⁸ KNIJNIK, D. *op. cit.*, 2007, p. 11.

¹⁹ KNIJNIK, D. *op. cit.*, 2007, p. 11-12.

Esses enunciados nada mais são do que argumentos baseados na estrutura do real. É o efeito argumentativo dos vínculos causais, os quais “visam, a partir de um dado acontecimento, a aumentar ou a diminuir a crença [e a certeza] na existência de uma causa que o explicaria ou de um efeito que dele resultaria”²⁰, a partir de como a narrativa processual é construída.

Por isso, o conceito de prova aqui adotado é completamente persuasivo, na medida em que a plausibilidade e a correspondência estão a serviço do maior ou menor convencimento do julgador. Explicado isso, as vedações probatórias a seguir estabelecem regras balizadoras das possibilidades de se convencer, na proposição, na admissão, na produção e na valoração da prova, que, enfim, atingem a atividade probatória como um todo. Vale dizer, em suma, que quem exige, de uma argumentação, provas demonstrativas “e não se contenta com menos para aderir a uma tese, desconhece tanto quanto o fanático o caráter próprio do processo argumentativo”²¹.

Primeiramente, o direito à prova é aspecto particular dentro do contraditório, tendo em vista que a “atividade probatória representa o momento central do processo”²². Nesse sentido, ele se resume à imprescindibilidade “de se conferirem a ambas as partes todos os recursos para o oferecimento da matéria probatória”²³. Ele compreende, também, “o direito à utilização de todas as provas disponíveis, com o objetivo de provar a verdade dos fatos em que está fundada a ação ou defesa”, “o direito à produção das provas já admitidas”, “o direito ao contraditório sobre as provas” e “o direito à valoração das provas pelo órgão judicial”²⁴. Esse direito à prova é restringido pelo próprio sistema da atividade probatória, no que tange a prova legítima e a prova relevante e outros princípios a ele atinentes.

Nesse sentido, destaca-se uma distinção importante: a de juízo de admissibilidade e de juízo de valor. “O juízo de admissibilidade, como se sabe, é inconfundível com o juízo de valoração das provas”²⁵. “O juízo de admissibilidade de uma determinada prova é questão de direito e é preliminar [...]”. “Somente depois de afirmada a admissibilidade de uma prova [...], é que se passa a sua avaliação, medida no plano da convicção judicial [...]”²⁶. Essa distinção é importante para fundamentarmos a regra do art. 212 do CPP como regra de admissibilidade, que abrange tanto a admissão quanto a produção da prova testemunhal, sendo, portanto, momento anterior à valoração probatória.

Em síntese, com Nereu Giacomolli, afirma-se que o direito fundamental à prova abrange a possibilidade de se indicar fontes de prova e de se exigir que elas venham ao processo, de utilizar os mecanismos de prova, pela metodologia legalmente definida, e de

²⁰ PERELMAN, C.; OLBRECTHS-TYTECA, L. *Tratado da Argumentação: a nova retórica*. 2ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 300.

²¹ PERELMAN, C.; OLBRECTHS-TYTECA, L. *op. cit.* p. 69.

²² CINTRA, A. C. D. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. *op. cit.* p. 113.

²³ CINTRA, A. C. D. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. *op. cit.* p. 114.

²⁴ MATTOS, S. L. W. D. *Devido Processo Legal e Proteção de Direitos*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 213-214.

²⁵ MATTOS, S. L. W. D. *op. cit.* p. 217.

²⁶ KNIJNIK, D. *op. cit.*, 2007, p. 21.

exigir a valoração dos elementos trazidos pelo julgador. “Contudo, [o direito à prova] é limitado pela prova admissível, válida, que tenha trilhado o devido processo”²⁷.

São inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos. É o que está exposto no art. 5º, inc. LVI, da CRFB. Da mesma forma, no art. 157 do CPP, diz-se que provas ilícitas são aquelas obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. A prova ilícita é inválida, “[tanto] que, uma vez reconhecida sua ilicitude, de forma definitiva, haverá o desentranhamento e sua inutilização”²⁸. O sentido mínimo dessa norma, que deve ser entendido como regra, é o de que “provas adquiridas com infração a normas constitucionais ou legais são inadmissíveis”²⁹. Assim, deve ela ser aplicada como regra, pois, do contrário, negaríamos o valor “[da] proibição constitucional de provas ilícitas, pois sempre lhe poderiam ser opostos outros direitos e valores supostamente mais relevantes”³⁰.

A prova irrelevante, por sua vez, está prevista no art. 400, §1º, do CPP e, de certa forma, no art. 212 do mesmo diploma legal. Aquela norma “autoriza o magistrado a indeferir as provas consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias, já no juízo de admissibilidade”³¹. Isso, a bem da verdade, é uma exceção legislativa à distinção entre juízo de admissibilidade e juízo de valor, na medida em que, para se considerar uma prova irrelevante, impertinente ou protelatória, é necessário, em certa medida, que se faça um exercício mental para que se preveja o que será provado. É dizer, o que é irrelevante, impertinente ou protelatório é o elemento que se tenta trazer aos autos, e não seu método de produção.

A unidade das provas, por sua vez, trata do conjunto probatório do processo. Ele forma uma unidade, “que, como tal, deve ser examinada e apreciada pelo juiz, para confrontar as diversas provas, pontuar sua concordância ou discordância e se convencer a partir de sua globalidade”³². Esse princípio influi no juízo de valoração das provas, como acima descrito.

Segundo o dever de lealdade, tendo em vista que a prova no processo é conjunta, submetida ao contraditório, e a função do magistrado é submetida a valores que vão além do caso concreto (de interesse da sociedade, portanto), não se deve utilizar a prova “para ocultar ou deformar a realidade, para induzir o juiz ao engano”³³, tratando-se os jogadores do processo com lealdade e probidade. Esse princípio influi muito mais nas fases anteriores à valoração probatória, na medida em que instrui a forma como o que será valorado é levado ao magistrado.

Para tanto, é necessário que o juiz participe da gestão probatória, através da imediação de sua produção, decidindo, desde logo, “sua admissibilidade e intervindo, logo, em sua recepção. Esse princípio contribui à autenticidade, à seriedade, à oportunidade, à pertinência e à validade da prova.”³⁴.

²⁷ GIACOMOLLI, N. J. *op. cit.* p. 161.

²⁸ GIACOMOLLI, N. J. *op. cit.* p. 166.

²⁹ MATTOS, S. L. W. D. *op. cit.* p. 226.

³⁰ MATTOS, S. L. W. D. *op. cit.* p. 226.

³¹ GIACOMOLLI, N. J. *op. cit.* p. 173.

³² ECHANDIA, H. D. *op. cit.* p. 15.

³³ ECHANDIA, H. D. *op. cit.* p. 16.

³⁴ ECHANDIA, H. D. *op. cit.* p. 19.

Por fim, a imparcialidade do juiz na condução da atividade probatória é elemento necessário e decorrente da ideia traçada no parágrafo anterior. Segundo ela, a “direção do debate probatório pelo juiz impõe, necessariamente, sua imparcialidade”³⁵, não devendo, portanto, ater-se a sua única visão, adaptando fatos – e, no caso, procedimentos –, para que se fundamente sua pré-compreensão sem critérios.

Com esses limites, quer-se afastar o elevado subjetivismo da decisão. Afinal, “por atuar em nome de toda a Administração da Justiça, não se pode admitir um juízo de fato, em última análise, calcado em pauta individual, não-revelada em processo de racionalização jurídica”³⁶.

4 Os Testemunhos

Dentre outros propósitos, o objetivo essencial do processo penal é definir, de forma fática, se o acusado cometeu ou não o crime. Para isso, utiliza-se de um processo racional, pelo qual se extraem conclusões das provas produzidas no processo. “O fim último do processo é a retidão da decisão, ou, simplesmente, acertar o julgamento”³⁷. Todavia, esse processo é falho, como a seguir será explicado.

No momento, cumpre explicar algumas características do testemunho. Aqui, dado o conceito de testemunho, falar-se-á de sua forma sintética, de sua parcialidade, de sua necessidade de coerência, e das emoções que o influenciam.

Dessa forma, fica a pergunta: o que são testemunhos? Testemunhos são enunciados que se referem a fatos, relatados através da predicação. “A predicação é uma propriedade intrínseca da enunciação e permite lançar luz sobre a especificidade dos atos de enunciação”³⁸. Enunciar, assim, é “tornar algo presente a si com a ajuda da linguagem”³⁹.

Esse predicação do enunciado se dá em um nível existencial, que diz respeito ao estabelecimento de um grau de presença dele, tendo em vista que a ele atribui um modo de existência, sendo, por exemplo, realizado, virtualizado ou potencializado. Dá-se, também, em um nível autorreferencial, na medida em que o enunciador assume a responsabilidade do enunciado e apropria-se da presença instaurada: estabelece a sua posição em relação ao que será enunciado.

No campo da predicação, vale falar de juízos analíticos e sintéticos. Os primeiros predicam “o que está contido implicitamente no conceito do sujeito, ao passo que [os juízos sintéticos assignam] ao sujeito um atributo novo, devido à síntese dos dados da experiência”⁴⁰. Por exemplo, falar que todos os corpos são extensos é um enunciado analítico; falar que todos os corpos são pesados é um enunciado sintético. Ser extenso é uma característica inerente a ser um corpo; ser pesado, não – é uma qualidade contingente e acessória.

³⁵ ECHANDIA, H. D. *op. cit.* p. 19-20.

³⁶ KNIJNIK, D.. Ceticismo fático e fundamentação teórica de um Direito Probatório. In: CARPES, A. T., et al. *Prova Judiciária: Estudos sobre o novo Direito Probatório*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007b. p. 24.

³⁷ SIMON, D. *In Doubt*. 1. ed. Cambridge: Harvard University Press, 2012, p. 144.

³⁸ FONTANILLE, J. *Semiótica do Discurso*. 1. ed. São Paulo: [s.n.], 2008, p. 268.

³⁹ FONTANILLE, J. *op. cit.* p. 269.

⁴⁰ ECO, U. *Tratado Geral da Semiótica*. 4. ed. São Paulo: Perspectiva, 2012, p. 137.

No campo da semiótica, os enunciados analíticos são descritos como aqueles que predicam as marcas semânticas já a ele atribuídas. Por exemplo, ao se perguntar a uma testemunha de um roubo se ela viu o assaltante, estamos reiterando a marca semântica atribuída ao acusado; não estamos inovando, afinal, se houve um roubo, houve um assaltante. Isso, obviamente, conta com uma consequência no processo: de forma irreflexiva, consideramos o acusado um assaltante. Afinal, “[que] um seja acusado quer dizer que, provavelmente, senão certamente, cometeu um delito”⁴¹.

Por sua vez, os enunciados sintéticos predicam novas marcas ao enunciado. Por exemplo, o assaltante que, por um testemunho, é considerado um homem branco, baixo, de olhos castanhos, com cabelos negros. Com isso, atribuímos novos predicados àquilo que se está enunciando. A diferença é tênue.

Os testemunhos, assim, servem como ponte entre os juízos analíticos e os juízos sintéticos – aumentando sua presença e sua força ou diminuindo-as. Em síntese, “um juízo é analítico com base numa convenção e que, quando a convenção muda, os juízos analíticos tornam-se sintéticos, e vice-versa”⁴². Disso se extrai a vedação a testemunhos protelatórios, que nada mais são do que a repetição de juízos analíticos. Deve-se, todavia, fazer uma ressalva, como nesse parágrafo explicitado: um juízo que é analítico pode se tornar sintético, na medida em que novos predicados ao enunciado são adicionados. Dessa ocorrência que se extrai a necessidade de contraditório e de uma participação eficiente das partes na construção do resultado do processo.

Isso nos diz, também, que a práxis enunciativa se dá no discurso em ato – em um sentido estrito, na audiência –, administrando a presença dos enunciados, convocando-os e compondo o campo temático. “Ela os assume mais ou menos, ela lhes atribui graus de intensidade e uma certa quantidade. Ela recupera formas esquematizadas pelo uso ou, ainda, estereótipos e estruturas cristalizadas”⁴³. Assim, a práxis enunciativa – de maneira ampla, no processo – administra a presença em discurso, de forma interativa, que extrai formas de um espaço já esquematizado e também a modifica e alimenta.

A práxis enunciativa, entendida como sinônimo do discurso, no campo processual em específico, é a chamada construção da narrativa processual. Ao longo do processo, estabelece-se o campo temático – e semântico – que será utilizada para a construção da narrativa final. Essa construção, como vista quando tratado da visão do processo penal, se dá mediante o contraditório e uma atuação efetiva das partes e de seus procuradores. É dizer, em síntese, que a própria seleção das palavras e dos enunciados é uma forma de argumentação.

Para Perelman, a presença dos enunciados se relaciona com a própria seleção de fatos para serem apresentados. Para ele, “o que está presente na consciência adquire uma importância que a prática e a teoria da argumentação devem levar em conta”⁴⁴. Aplicado ao presente trabalho, isso quer dizer que o testemunho traz à presença o acontecimento objeto do processo penal. Dessa forma, é importante que – sob uma perspectiva do processo como jogo – leve-se em consideração aquilo que se queira fazer presente. Afinal, deve ser uma das

⁴¹ CARNELUTTI, F. *As Misérias do Processo Penal*. 1ª. ed. São Paulo: Conan Editora, 1995, p. 61.

⁴² ECO, U. *op. cit.* p. 138.

⁴³ FONTANILLE, J. *op. cit.* p. 271.

⁴⁴ PERELMAN, C.; OLBRECHTS-TYTECA, L. *op. cit.* p. 132.

preocupações do orador “tornar presente, apenas pela magia de seu verbo, o que está efetivamente ausente e que ele considera importante para a sua argumentação [...]”⁴⁵.

Um critério para um juízo valorativo positivo desses testemunhos é a sua credibilidade. Veja-se que aqui não se fala da credibilidade da testemunha, mas sim do próprio testemunho. É dizer, ‘a história contada tem de ser plausível para ser persuasiva’⁴⁶. Por óbvio, a história plausível passa pela forma como ela é narrada.

Dito isso, tratar-se-á de mais outras características do testemunho: a parcialidade e a necessidade de coerência. Passar-se-á, também, pelo aspecto resumido do testemunho e a utilização das emoções.

Em um mundo ideal, as testemunhas seriam como que os juízes boca-de-lei: apenas repetiriam as informações às quais tiveram acesso. Mas isso não ocorre. Muitas vezes, elas estão tão emaranhadas na situação objeto do processo quanto o acusado. Essas testemunhas, outrossim, têm interesse no resultado do caso, independentemente de quem elas sejam e de qual seja esse interesse. Disso decorre que não há porque conceituar testemunha como um terceiro imparcial (ou isento), por impossibilidade fática.

Por exemplo, testemunhas da acusação, normalmente, são representantes do próprio Estado, como policiais militares chamados como testemunhas. Nesse sentido, vale dizer que “o sentimento de pertencimento a um grupo influencia a percepção dos fatos, estados emocionais, e motivações referentes à questão analisada”⁴⁷.

Outrossim, a confiança é um subproduto inevitável do processo cognitivo. Isso nos diz que o conjunto probatório, em si – pela forma que damos a ele –, já influencia a decisão a ser tomada, para além do *standard* probatório necessário no processo penal. Afinal, todos os elementos de prova estão interconectados com os outros e, em último grau, com a própria decisão. A atenção, tendo em vista isso, deve ser retornada aos testemunhos e aos detalhes que por eles são descritos

Sobre esse problema, François Gorphe já escrevia. Segundo ele, “a coerência entre diversas declarações de uma testemunha é uma garantia muito insuficiente de sua veracidade”⁴⁸. Ainda, conforme ele, “a concordância entre declarações de várias testemunhas é muito mais probatória. Tem um valor de controle”⁴⁹. Esse controle, assim, baseia-se em um método que leva em consideração o fato de que quanto mais observadores percebem o mesmo fenômeno, maior a probabilidade – para ser preciso, a plausibilidade – de ele ter ocorrido. Sinteticamente, pode-se afirmar que, tanto pelas percepções como pelas funções intelectuais, “interpretamos o desconhecido pelo conhecido, os novos dados pelos adquiridos e sofremos a tendência a inserir essas informações em nossas representações mentais já consolidadas”⁵⁰.

Da mesma forma, lembra-se que a versão do testemunho apresentada em juízo sempre será uma versão resumida daquilo que efetivamente ocorreu. Essa versão, ademais, pode ser

⁴⁵ PERELMAN, C.; OLBRECTHS-TYTECA, L. *op. cit.* p. 133.

⁴⁶ CLARK, R. H.; DEKLE SR., G. R.; BAILEY, W. S. *Cross-Examination Handbook: Persuasion, Strategies, and Techniques*. 1. ed. New York: Aspen Publishers, 2011, p. 19.

⁴⁷ SIMON, D. *In Doubt*. 1. ed. Cambridge: Harvard University Press, 2012, p. 157.

⁴⁸ GORPHE, F. *La Critica Del Testimonio*. 1ª. ed. Madrid: Editorial Reus, 1933, p. 29.

⁴⁹ GORPHE, F. *op. cit.* p. 29.

⁵⁰ GORPHE, F. *op. cit.* p. 30.

completamente diferente da versão apresentada na seara policial. Da mesma forma que ocorre com a prova documental, a prova testemunhal se degrada, é exposta à contaminação e perde muito de sua precisão.

As emoções também influenciam a testemunha e seu testemunho. Como dito, não há como se esperar de uma testemunha que ela seja imparcial, tendo em vista os aspectos psicológicos tanto processuais quanto extraprocessuais. A emoção, dessa forma, pode resultar em juízos menos racionais e mais superficiais. Essa emoção – negativa ou positiva – pode ser aflorada pela forma como se descreve o acusado ou o ato praticado, por exemplo.

Dadas essas características do testemunho, atentou-se ao fato de que um enunciado, uma descrição, um relato de uma testemunha não é um elemento isolado no contexto probatório. Ele é influenciado pelas características de quem fala, de quem está perguntando, de qual pergunta é feita e, também, por aspectos do próprio jogo processual.

5 A Falibilidade da Memória

Ellero afirma que o testemunho idôneo é aquele dado por pessoa no uso de sua razão, com os sentidos aptos a perceber as coisas a que sua declaração se refere, que depõe sobre fato do qual teve conhecimento imediato, sob compromisso, em juízo, sem interesse em mentir⁵¹. Essa definição, todavia, não basta, pois os testemunhos são falíveis, como se verá a seguir.

Sinteticamente, já se dizia que os “hábitos praticados, a experiência adquirida, tem uma influência direta e sensível sobre as observações das testemunhas”⁵². Além disso, traz-se à lembrança o intervalo de tempo entre o acontecimento e o depoimento, que pode modificar o que se fala sobre o fato. “Não obstante ter a melhor vontade, a testemunha, chamada a depor muito depois do acontecimento, não pode mais separar a observação real das criações fantásticas do espírito”⁵³, por razões voluntárias ou não.

Nesse ponto do artigo, será mostrado como a memória pode trazer percepções que não necessariamente coadunem com a realidade. Essas constatações servem, também, de fundamento para a vedação a perguntas sugestivas.

As falsas memórias, assim, “não são mentiras ou fantasias das pessoas, elas [...] diferenciam-se das verdadeiras [pelo fato de] serem compostas por lembranças de informações ou eventos que não ocorreram [...]”⁵⁴. Elas podem surgir por distorções internas e, também, por informações falsas externas. São essas últimas que serão estudadas.

A memória é suscetível a modificações a partir de sugestões posteriores ao evento a ser lembrado. Isso significa que nossas memórias podem ser influenciadas por outras pessoas e que informações que recebemos depois do evento podem interferir em nossa memória. Essa

⁵¹ ELLERO, P. *De la Certidumbre en los Juicios Criminales o Tratado de La Prueba en Materia Penal*. 1. ed. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1980, p. 112.

⁵² MITTERMAIER, C. J. A. *Tratado da Prova em Matéria Criminal*. 3ª. ed. Rio de Janeiro: [s.n.], 1917, p. 360.

⁵³ MITTERMAIER, C. J. A *op. cit.* p. 360-361.

⁵⁴ STEIN, L. M. *Falsas Memórias: Fundamentos Científicos e Suas Aplicações Jurídicas*. 1ª. ed. Porto alegre: Arned, 2010, p. 22.

sugestionabilidade é “uma aceitação e subsequente incorporação na memória de falsa informação posterior a ocorrência do evento original”⁵⁵.

Exemplificar-se-á. Considere-se que a testemunha tenha visto um atropelamento. Após, pergunta-se à testemunha se ela viu o carro que atropelou a vítima ultrapassar o sinal vermelho. Para responder essa questão, primeiramente, a testemunha terá de interpretá-la; é dizer, terá de contrapor essa nova informação ao velho conteúdo que a ele se pretende juntar. Só após esse processo que será possível responder sim ou não para a questão posta. Essa nova informação altera a percepção inicial, fazendo dela parte⁵⁶.

Em específico, uma memória – para nós, um testemunho – possui duas importantes características: a completude e a precisão. “Memórias são confiáveis quando contêm todos os detalhes corretos e necessários para que se tenha um relato compreensivo do evento”⁵⁷. Disso, extrai-se que um testemunho fragmentado não deve ser considerado um testemunho confiável. Essa fragmentação pode, inclusive, ser dada pelas perguntas, que tenham como respostas simples afirmações ou negações.

Um dos aspectos intrinsecamente ligados à falsa memória é a necessidade de se dar respostas positivas, ainda que não se lembre exatamente do que ocorreu. “Ao que parece, as pessoas estão mais dispostas a dar informações – precisas, falsas ou imaginadas – do que a não dizer nada”⁵⁸. Esse fenômeno é maximizado tendo em vista o processo penal em si, na medida em que é utilizado para se definir os fatos sob julgamento. Há, no caso, um reforço natural a que se busque respostas positivas ao que se é perguntado.

Outrossim, as fontes externas das falsas memórias não são apenas as perguntas sugestivas. Pode, também, ser o próprio compartilhamento do testemunho com outras testemunhas (daí porque a vedação do art. 210 do CPP), bem como a influência da mídia e de suas reconstruções. Tudo isso induz, falsamente, a precisão do testemunho⁵⁹.

Quanto a isso, “[há uma tendência] em explorar unicamente a hipótese acusatória, induzindo os questionamentos”⁶⁰. Ainda, esse induzimento ocorre “através de questionamentos com viés eminentemente acusatório, como também através da mídia, a qual procura sempre fazer do crime um espetáculo”⁶¹. O termo “acusatório”, nessas citações acima, muito mais se referem a características do dito sistema inquisitivo do que ao sistema acusatório. Assim, é preferível entendermos como um viés eminentemente inquisitorial, do que acusatório.

Para além desse tom difamatório, o que se extrai dessas passagens é que a memória, como fonte do testemunho, pode ser falha. Essa falha advém de fatores internos à testemunha e de fatores externos a ela. As perguntas sugestivas são fatores externos a ela que podem alterar a memória e, em momento posterior, tornarem-se a representação interna da testemunha do ocorrido.

⁵⁵ STEIN, L. M. *op. cit.* p. 26.

⁵⁶ LOFTUS, E. F. *Eyewitness Testimony*. Cambridge: Harvard University Press, 2000, p. 131-132.

⁵⁷ SIMON, D. *op. cit.* p. 92.

⁵⁸ SIMON, D. *op. cit.* p. 99.

⁵⁹ SIMON, D. *op. cit.* p. 101-102.

⁶⁰ GESU, C. D. *Prova Penal e Falsas Memórias*. 2ª. ed. Porto Alegre: [s.n.], 2014, p. 135.

⁶¹ GESU, C. D. *op. cit.* p. 155.

Para lidar com isso, pode-se utilizar a prova científica. Essa prova, que contaria com a participação de um *expert*, pode versar sobre o testemunho que foi dado. É a chamada prova sobre a prova. Nesses casos, “pode-se explicar os mecanismos da percepção, do processamento, da memória e da rememoração, além de descrever quais pesquisas empíricas foram conduzidas e quais são seus resultados”⁶².

Como exemplo, isso foi analisado em *State v. Chapple*⁶³. Nesse caso, tendo em vista que a identificação feita em seara policial não trouxe certeza, assim como sete testemunhas de defesa disseram que o acusado não estava no local do crime, era necessário que se chamasse um *expert* em testemunho para comprovar a veracidade do testemunho, o que, todavia, não foi feito. Foi decidido, assim, pela Suprema Corte que o juízo inferior abusou de sua discricionariedade ao não admitir essa prova científica.

6 A Retórica e a Produção da Prova Testemunhal

A produção da prova testemunhal se dá no espaço da retórica e da atividade argumentativa. Nesse contexto é que estão inseridas as perguntas sugestivas.

O espaço para a retórica na produção da prova testemunhal é anterior e concomitante ao testemunho que é produzido. Ainda que o testemunho produzido possua um viés muito mais demonstrativo, para se chegar a ele temos de utilizar da retórica e da argumentação. Afinal, “entre a demonstração científica ou lógica e a ignorância pura e simples, há todo um domínio da argumentação”⁶⁴.

A retórica na produção da prova testemunhal é limitada pelo art. 212 do Código de Processo Penal. Segundo ele, as perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. Com isso, afastou-se o sistema tradicional de produção da prova testemunhal, importando-se, em parte, o procedimento norte-americano, pelo qual as testemunhas são questionadas diretamente pela parte que as arrolou, facultada à parte contrária, a seguir, sua inquirição (exame direto e cruzado), e ao juiz os esclarecimentos remanescentes e o poder de fiscalização. “[Essa] disposição é fundada na concretização das normas constitucionais relativas ao sistema acusatório [...], que determinam um distanciamento do juiz das funções de acusação, dentre as quais se inclui o ônus da prova de acusação”⁶⁵.

Estabelecidos esses limites da atividade retórica, vemos que eles se dividem em três: a impossibilidade de indução à resposta, o necessário nexos com a causa e a vedação à repetição de pergunta já respondida.

⁶² MOENSSENS, A. A. et al. *Scientific Evidence in Civil and Criminal Cases*. 4. ed. New York: The Foundation Press, 1995, p. 1176.

⁶³ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Arizona Supreme Court. *State v. Chapple*, 660 P.2d 1208, 135 Ariz. 281. Arizona. J. em: 11/01/1983. Disponível em: «<https://www.courtlistener.com/opinion/1119321/state-v-chapple/?q=state+v.+chapple>», acesso em: 12/11/2014.

⁶⁴ REBOUL, O. *Introdução à Retórica*. 2ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 91.

⁶⁵ ÁVILA, T. A. P. D. A Interpretação do "novo" art. 212 do CPP Brasileiro: Uma Contribuição Metodológica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 917, p. 329, Março 2012, p. 23.

Essa última já foi abordada anteriormente. A repetição de pergunta já respondida nada mais é do que o estabelecimento reiterado de um juízo já dado como analítico.

Quanto ao segundo limite, ele é infeliz, pois se mostra por demais aberto. Isso porque a relação com a causa é característica do testemunho, e não da pergunta que é feita. Outrossim, a relação com a causa pode ser expressa através de uma sequência de perguntas, ainda que, separadas, não se mostrem relacionadas.

Por exemplo, pensa-se na seguinte sequência de perguntas, feita a uma testemunha que, à noite, presenciou uma violação de sepultura (art. 210 do CP): (i) “a senhora enxerga bem?”, (ii) “a senhora usa óculos?”, (iii) “a senhora, ainda que sem óculos, à noite, conseguiu visualizar o acusado no local?”. Veja-se que as duas primeiras perguntas em nada se relacionam, à primeira vista, com a causa. Todavia, a partir do raciocínio conduzido por quem pergunta, vê-se que ela faz parte de um todo que, por sua vez, relaciona-se com a causa.

Da mesma forma, pode-se perguntar se a testemunha é pobre ou rica, como ela conhece o acusado, ou, até, qual o motivo de ela estar ali⁶⁶. Isso tudo diz respeito à credibilidade da testemunha, acima mencionada.

Quintiliano já expôs as posições usuais na produção da prova testemunhal. Se se sabe que o testemunho a ser dado é contrário ao acusado, o acusador deve proceder de forma que “não se faça conhecer a sua predisposição, não o perguntando diretamente o que se pretende averiguar [...] dando a entender que as conclusões a que se chegou se dão por força do próprio testemunho”⁶⁷. Ao contrário, o advogado, considerando a predisposição da testemunha, deve “perguntar de maneira dissimulada, de forma que a testemunha não suspeite o que o advogado pretende fazer”⁶⁸. Dessa forma, a testemunha fornecerá a sua representação dos fatos. Nesse sentido, é conhecida a máxima segundo a qual não devemos fazer perguntas para as quais não saibamos as respostas.

Os limites das perguntas sugestivas, assim, a partir de uma visão teleológica, existem, considerando que elas produzirão testemunhos que são menos precisos e menos completos do que aqueles obtidos por perguntas não sugestivas. Da mesma forma, essas perguntas que induzem a resposta, se aliadas a um ambiente confortável, produzirão um maior número de erros⁶⁹. Esse ambiente confortável, por sua vez, pode ser induzido, na medida em que aquele que pergunta à testemunha tenta estabelecer algum vínculo com ela, deixando-a mais aberta ao diálogo.

7 As Perguntas Sugestivas

Explicitado todos os temas em torno das perguntas sugestivas, cabe, agora, conceituá-las, de forma a concretizar o exposto pelo art. 212 do CPP. Quanto a isso, de nada adianta uma norma infraconstitucional sem o mínimo de subsídio doutrinário para a sua aplicação. É com o intuito de se contribuir para esse fim que se trata desse assunto aqui.

⁶⁶ QUINTILIANO, M. F. *Institutiones Oratorias*. Madrid: Librería de Pelado y Páez, v. I, 1916, p. 246.

⁶⁷ QUINTILIANO, M. F. *op. cit.* p. 242.

⁶⁸ QUINTILIANO, M. F. *op. cit.* p. 245.

⁶⁹ MARSHALL, J.; MARQUIS, K. H.; OSKAMP, S. Effects of Kind of Question and Atmosphere of Interrogation on Accuracy and Completeness of Testimony. *Harvard Law Review*, v. 84, p. 1620-1643, 1970-1971, p. 1621.

Em 1924, um magistrado paulista já escreveu sobre as perguntas sugestivas. Segundo ele, “tais sugestões se manifestam às vezes por meio de englobamento dos fatos, de modo que a testemunha não sabe separar o joio do trigo, [ou ainda] por meio de uma pergunta emitida com mostras de tal segurança, em tom de tamanha certeza, que ilude a testemunha, a qual, por timidez ou embaraço, imaginando que o inquirido está perfeitamente ciente do que se passou e de que não seria capaz de fazer-lhe perguntas tão precisas, se o fato fosse desconhecido, responde pela afirmativa, sem pesar a própria resposta”⁷⁰.

Diz-nos, ainda, que “certos inquiridores não se limitam a forçar a memória da testemunha e lançam perguntas concebidas de tal forma que colocam o depoente na necessidade de optar por uma de duas hipóteses que lhe são apresentadas, assim como dirigem outras que levam implicitamente a testemunha a aceitar como verdadeiros certos fatos”⁷¹. Por fim, seguindo ainda o que esse magistrado disse, as perguntas sugestivas vão além do que é enunciado através de palavras: “o efeito sugestivo de certas perguntas [...] é muitas vezes aumentado pela entonação do inquiridor, pelo gesto, pela mímica de que elas são acompanhadas”⁷².

Mittermaier, por sua vez, afirma que essas perguntas são reprováveis. Afinal, tendo em vista o contexto da oitiva, a testemunha “muitas vezes compreende mal a pergunta que lhe é feita, e responde contra a verdade, querendo sinceramente responder ao que julga que lhe foi perguntado”⁷³. Arremata dizendo que “[importa] muito, para julgar o valor do testemunho, conhecer o texto e a substância da pergunta”.

Como regra, a técnica para se perguntar às testemunhas é conduzir a narrativa por meio de pequenas perguntas, cujas respostas se limitem a sim ou a não, considerando que respostas a perguntas abertas podem acabar por tornar falsa a narrativa que se quer construir⁷⁴. Essas perguntas podem ser objeto de indeferimento por parte do magistrado. Da mesma forma, perguntas compostas também podem ser. O problema com ambas é que “elas podem não permitir à testemunha que cumpra sua função de dizer a verdade [...]”⁷⁵.

Assim, de forma ampla, uma pergunta sugestiva – ou, nos termos do CPP, uma pergunta que possa induzir a resposta – é aquela que sugere a resposta para a testemunha⁷⁶. Em outras palavras, a pergunta sugestiva é aquela que sugere à testemunha, antes que a pergunta seja respondida, qual a resposta preferida por quem pergunta.

Assim, aqui, o verbo sugerir não diz respeito a uma recomendação do tipo “sugiro que você vá neste restaurante”. A utilização desse verbo se dá para nos informar que a sugestão que é feita não corresponde a um juízo analítico (ou a premissas já estabelecidas), mas sim a uma hipótese dúbia de quem está fazendo a pergunta.

⁷⁰ CARVALHO, A. J. D. *Inquirição Cível*. 1ª. ed. São Paulo: Saraia & C. - Editores, 1924, p. 68.

⁷¹ CARVALHO, A. J. D. *op. cit.* p. 69.

⁷² CARVALHO, A. J. D. *op. cit.* p. 69.

⁷³ MITTERMAIER, C. J. A. *op. cit.* p. 434.

⁷⁴ WALTON, D. *op. cit.* p. 259.

⁷⁵ WALTON, D. *op. cit.* p. 260.

⁷⁶ WALTON, D. *op. cit.* p. 262.

Especificando-se um pouco ela pode ser definida como uma pergunta que ou sugere a resposta que se quer ou assume certa versão de um fato controverso como verdadeira⁷⁷. Isso ajuda a construir um conceito um pouco melhor estabelecido.

Mas o que é sugerir a resposta para testemunha? Vale precisar essa ideia. A título de exemplo de perguntas sugestivas, imaginemos que uma das partes faça a seguinte pergunta à testemunha: “O réu continua batendo na sua mulher?”. Essa é uma pergunta sugestiva, que serve para induzir a resposta da testemunha, por dois motivos.

O primeiro diz respeito à locução verbal empregada (continuar batendo). Ela parte de uma premissa segundo a qual é dado como verdade que o réu batia em sua mulher. Isso está contido na definição de perguntas sugestivas que foi dada acima.

Uma constatação interessante que esses exemplos trazem é que, usualmente, a resposta a essas perguntas pode ser dada com sim ou com não. Essa é outra característica das perguntas sugestivas, quando se vê que aquele que pergunta apenas traz a sua versão e busca na testemunha apenas uma confirmação.

Assim, as seguintes características são elementos de uma pergunta sugestiva. Elas são formuladas de forma confusa. Elas trazem, em si, a resposta. Elas pressupõem enunciados debatíveis. Elas, normalmente, têm como resposta ou sim ou não. Elas, por óbvio, podem ser variadas, não precisando, necessariamente, conter em si todas essas características.

Utilizando-se do vocabulário exposto nos capítulos atinentes às testemunhas e aos testemunhos, uma pergunta sugestiva pressupõe um juízo analítico (ou premissa) que não é aceito como verdade pelo auditório – por aqueles que participam do diálogo –, e, a partir dele, estabelece juízos sintéticos. A pergunta sugestiva, então, é aquela que persuade a testemunha a enunciar conteúdos que corroborem a narrativa processual de quem pergunta, a partir de juízos sintéticos – e não analíticos.

8 A Consequência das Perguntas Sugestivas

A regulamentação do procedimento probatório, considerada correta, “longe de representar um mal, constitui para as partes a garantia de uma efetiva participação na série de atos necessários à formação do convencimento judicial [...]”⁷⁸. Para além disso, também é um “instrumento útil para alcançar a verdade [*sic*] sobre os fatos que deve decidir”⁷⁹.

Isso qualifica o debate jurídico e o aproxima de um diálogo racional. Assim, tendo em vista a grave falibilidade da construção de fatos, que surge, por exemplo, de perguntas que induzem a resposta, cabe a “formulação de uma lógica intra-sistemática de controle, que vai desaguar, justamente, nos *standards* que a doutrina preconiza”⁸⁰. Eles nada mais são “do que

⁷⁷ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Court of Appeals of Texas. *Callahan v. State*, 937 S.W.2d 553. Texarkana. J. em: 05/11/1996. Disponível em: <<https://www.courtlistener.com/opinion/1743096/callahan-v-state/>>. Acesso em: 10/11/2014.

⁷⁸ GRINOVER, A. P.; FILHO, A. M. G.; FERNANDES, A. S. *As Nulidades no Processo Penal*. 11ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 17.

⁷⁹ GRINOVER, A. P.; FILHO, A. M. G.; FERNANDES, A. S. *op. cit.* p. 17.

⁸⁰ KNIJNIK, D. Os standards de convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 353, p. 15-48, Janeiro-Fevereiro 2001, p. 31.

[uma forma de] reação do próprio sistema contra a sua falibilidade na determinação do juízo fático”⁸¹.

Inicialmente, a prova é realizada nas seguintes fases: a proposição, a admissibilidade, a produção e a valoração. A prova testemunhal, em específico, apresenta uma peculiaridade no que tange sua admissibilidade e sua produção. A doutrina costuma mencionar que a admissibilidade da prova testemunhal se dá a partir da admissão da testemunha, ou não.

Todavia, o próprio verbo utilizado pelo art. 212 do CPP nos mostra que a admissibilidade se dá, também, em relação às perguntas que são feitas. A peculiaridade se dá a partir da constatação de que a admissibilidade dessas perguntas se dará, justamente, em meio da produção da prova testemunhal. Assim, para fins de clarear quaisquer confusões, cumpre distinguir essas fases.

“O juízo de admissibilidade de uma determinada prova é questão de direito, e é preliminar à entrada em funcionamento do princípio do livre convencimento”⁸². Ele não se confunde, portanto, com a valoração da prova. Outrossim, a admissibilidade probatória é matéria de direito, passível, portanto, de reexame em Recurso Especial⁸³. Por se tratar de questão de direito – questão federal -, é que é cabível esse recurso⁸⁴.

São inadmissíveis, portanto, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. Disso – e de tudo que foi dito – extrai-se que uma pergunta sugestiva é um meio ilícito de se obter uma prova. A vedação às provas ilícitas “atua no controle da regularidade da atividade estatal persecutória, inibindo e desestimulando a adoção de práticas probatórias ilegais [...]”⁸⁵. Para o autor citado – no que importa ao presente trabalho – “[tratando-se] de prova apresentada em audiência, deve o juiz, de imediato, apreciar a questão [da nulidade]”⁸⁶. Em que pese a distinção doutrinária de prova ilegítima – que viola norma processual – e ilícita – que viola norma material, vê-se que elas andam juntas, no caso, por dois motivos: de um lado, viola-se o contraditório; de outro, a busca da verdade.

A pergunta sugestiva não é mero vício de forma, pois afeta o conteúdo do enunciado da testemunha e, portanto, contamina a informação que seria dada⁸⁷. Assim, essa prova não serve de suporte suficiente ao juízo condenatório⁸⁸.

Para além do momento de admissibilidade, vale dizer que a vedação a perguntas sugestivas encontra barreira na observância dos direitos fundamentais das testemunhas, “desde o momento da admissibilidade dos meios propostos, passando pela sua produção, pela metodologia de colheita, atingindo a sua valoração pelo julgador”⁸⁹, pois, a bem da verdade, a

⁸¹ KNIJNIK, D. *op. cit.*, 2001, p. 30.

⁸² KNIJNIK, D. *op. cit.*, 2007, p. 21.

⁸³ KNIJNIK, D. *op. cit.*, 2007, p. 23.

⁸⁴ KNIJNIK, D. *op. cit.*, 2005, p. 192.

⁸⁵ OLIVEIRA, E. P. D. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 345.

⁸⁶ OLIVEIRA, E. P. D. *op. cit.* p. 346.

⁸⁷ ROSA, A. M. D. *Guia Compacto de Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2013, p. 165.

⁸⁸ GIACOMOLLI, N. J. *op. cit.* p. 164.

⁸⁹ GIACOMOLLI, N. J. *op. cit.* p. 165.

pergunta sugestiva instrumentaliza demasiadamente a testemunha, tornando-a mera reprodutora de conteúdo nela inculcido.

“[Ao] contrário, em coerência com o desenho legislativo, deve sustentar-se que cada elemento recolhido à margem ou em contraste com o rito fixado pela lei integra um ato *contra legem* que juridicamente não é prova e não é utilizável como tal aos fins da decisão”⁹⁰. Assim, claro está que a pergunta sugestiva é uma hipótese de violação a uma norma legal. Portanto, deve ela ser inadmitida.

Quanto à nulidade absoluta e à nulidade relativa, vale salientar que “[a] diferença entre as duas categorias está em saber se a observância da forma do ato jurídico visa a preservar interesses de ordem pública no processo [...]”⁹¹. Ainda, “[sendo] a norma constitucional-processual norma de garantia, estabelecida no interesse público, o ato processual inconstitucional [...] será sempre nulo [...]”⁹². Assim, uma norma que veda perguntas sugestivas, a ambas as partes, privilegiando muito mais a verdade e a proteção da testemunha, certamente, conta com suporte constitucional para que se defenda uma nulidade absoluta.

Nesse caso, não há falar em nulidade relativa e em demonstração de prejuízo. Hipoteticamente, caso se defenda isso, o prejuízo é patente: a resposta dada à pergunta sugestiva não corresponde à verdade. Esse prejuízo não é só da parte; é, também, da ordem pública e da legitimidade do procedimento. Considerando que, idealmente, o processo tem como esses seus valores informativos, mais nada é necessário falar para se demonstrar o prejuízo. Da mesma forma, o contraditório é comprometido, resultando claro prejuízo, tendo em vista que se estabelece em premissas equivocadas, conforme o art. 563 do CPP. Outrossim, é um óbvio prejuízo à apuração da verdade, conforme o art. 566 do CPP, encaixando-se, portanto, na hipótese do art. 564, inciso IV, do CPP.

Da mesma forma, não há como falar em convalidação desse ato. Para tanto, é bom lembrar, que o ato pode ser convalidado se atingiu “sua finalidade, que não tenha havido prejuízo para as partes [e que] o contraditório tenha sido preservado”⁹³. Como visto, não há como sustentar que a resposta a uma pergunta sugestiva tenha atingido sua finalidade e que não haja prejuízo para as partes. Ela, em si, obsta o contraditório, por argumentar a partir de premissas falsas.

Nesse contexto, a situação do art. 212 do CPP já foi exaustivamente estudada. Alexandre Morais da Rosa afirma que esse dispositivo é a busca de “adequação da norma processual penal à Constituição da República, eis que, ao abandonar o modelo presidencialista de condução da colheita da prova testemunhal, situa o magistrado no lugar de garantidor da forma da informação oral”⁹⁴. Sendo essa uma norma constitucional-processual, aduz, também, que “todas as hipóteses de violação ao devido processo legal substancial, serão declaradas nulas”⁹⁵.

⁹⁰ KNIJNIK, D. *op. cit.*, 2007, p. 21.

⁹¹ GRINOVER, A. P.; FILHO, A. M. G.; FERNANDES, A. S. *op. cit.* p. 23.

⁹² GRINOVER, A. P.; FILHO, A. M. G.; FERNANDES, A. S. *op. cit.* p. 23.

⁹³ GRINOVER, A. P.; FILHO, A. M. G.; FERNANDES, A. S. *op. cit.* p. 30.

⁹⁴ ROSA, A. M. D. *op. cit.* p. 158-159.

⁹⁵ ROSA, A. M. D. *op. cit.* p. 158.

Conclusão

A oitiva testemunhal, por tudo que foi falado, mostra-se como procedimento complexo, que conta com várias áreas de tensionamento entre valores que informam o processo penal. Em específico, falei das perguntas sugestivas, que, por certo, não esgotam o tema.

Aqui, buscou-se mostrar que a sugestão “é o cupim mais sutil e perigoso da verdade testemunhal”⁹⁶. Assim, para além de quaisquer discursos difamatórios ou denunciadores, buscou-se construir o âmbito de atuação dessas perguntas, bem como conceituá-las e mostrar as suas consequências.

Em síntese, o seguinte parágrafo expõe o que se tentou passar com esse artigo. É a conclusão de todo o raciocínio que se tentou traçar.

A busca da verdade é, como regra, um valor informador do processo que é limitado pelo contraditório e por outros valores. O testemunho dado pela testemunha é falível e, considerando-se a existência dessas falhas, devem-se concretizar os valores informativos do processo, para corrigi-las. A pergunta sugestiva vai de encontro a essa necessidade de correção, tendo em vista que maximiza essa falibilidade, ao invés de mitigá-la. A vedação a essas perguntas, assim, dá efetividade a valores como a busca da verdade e o contraditório, visto que expurgam do processo esse vício.

Referências Bibliográficas

- ALCOY, F. P. *Prueba de indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia*. 1. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 150-151.
- AMBOS, K.; LIMA, M. P. *O Processo Acusatório e a Vedação Probatória: perante as realidades alemã e brasileira: com a perspectiva brasileira já de acordo com a reforma processual de 2008 - Leis 11.689, 11.690 e 11.719*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 82-83.
- ÁVILA, T. A. P. D. A Interpretação do "novo" art. 212 do CPP Brasileiro: Uma Contribuição Metodológica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 917, p. 329, Março 2012, p. 23.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm >. Acesso em: 14/11/2014.
- BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm >. Acesso em 14/11/2014.
- BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm >. Acesso em: 14/11/2014.
- CARNELUTTI, F. *As Misérias do Processo Penal*. 1ª. ed. São Paulo: Conan Editora, 1995, p. 61.
- CARVALHO, A. J. D. *Inquirição Cível*. 1ª. ed. São Paulo: Saraia & C. - Editores, 1924, p. 68.
- CINTRA, A. C. D. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. *Teoria Geral do Processo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 112-113.
- CLARK, R. H.; DEKLE SR., G. R.; BAILEY, W. S. *Cross-Examination Handbook: Persuasion, Strategies, and Techniques*. 1. ed. New York: Aspen Publishers, 2011, p. 19.
- DONÀ, G. *La Testimonianza: Nel Fatto Comune e Nella Vicenda Giudiziaria*. 1ª. ed. Torino: Fratelli Bocca, 1923, p. 83.
- ECHANDIA, H. D. *Compendio de Derecho Processal*. 3ª. ed. Bogotá: Editorial ABC, v. II, 1973, p. 8.
- ECO, U. *Tratado Geral da Semiótica*. 4. ed. São Paulo: Perspectiva, 2012, p. 137.
- ELLERO, P. *De la Certidumbre en los Juicios Criminales o Tratado de La Prueba en Materia Penal*. 1. ed. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1980, p. 112.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Arizona Supreme Court. *State v. Chapple*, 660 P.2d 1208, 135 Ariz. 281. Arizona. J. em: 11/01/1983. Disponível em: < <https://www.courtlistener.com/opinion/1119321/state-v-chapple/?q=state+v.+chapple> > . Acesso em: 12/11/2014.

⁹⁶ DONÀ, G. *La Testimonianza: Nel Fatto Comune e Nella Vicenda Giudiziaria*. 1ª. ed. Torino: Fratelli Bocca, 1923, p. 83.

- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Court of Appeals of Texas. *Callahan v. State*, 937 S.W.2d 553. Texarkana. J. em: 05/11/1996. Disponível em: <<https://www.courtlistener.com/opinion/1743096/callahan-v-state/>> . Acesso em: 10/11/2014.
- FONTANILLE, J. *Semiótica do Discurso*. 1. ed. São Paulo: [s.n.], 2008, p. 268.
- GESU, C. D. *Prova Penal e Falsas Memórias*. 2ª. ed. Porto Alegre: [s.n.], 2014, p. 92.
- GIACOMOLLI, N. J. *O Devido Processo Penal: Abordagem Conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. 1ª. ed. São Paul: Atlas, 2014, p. 159-164.
- GORPHE, F. *La Critica Del Testimonio*. 1ª. ed. Madrid: Editorial Reus, 1933, p. 29.
- GRINOVER, A. P.; FILHO, A. M. G.; FERNANDES, A. S. *As Nulidades no Processo Penal*. 11ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 17.
- KNIJNIK, D. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 14-15.
- , *O Recurso Especial e a Revisão da Questão de Fato Pelo Superior Tribunal de Justiça*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 192.
- , Os standards de convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 353, p. 15-48, Janeiro-Fevereiro 2001, p. 31.
- , Ceticismo fático e fundamentação teórica de um Direito Probatório. In: CARPES, A. T., et al. *Prova Judiciária: Estudos sobre o novo Direito Probatório*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007b, p. 24.
- LOFTUS, E. F. *Eyewitness Testimony*. Cambridge: Harvard University Press, 2000, p. 131-132.
- MACCORMICK, N. *Retórica e o Estado de Direito: Uma teoria da Argumentação Jurídica*. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 296.
- MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. *Provas*. 2ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 59.
- MARSHALL, J.; MARQUIS, K. H.; OSKAMP, S. Effects of Kind of Question and Atmosphere of Interrogation on Accuracy and Completeness of Testimony. *Harvard Law Review*, v. 84, p. 1620-1643, 1970-1971, p. 1621.
- MATTOS, S. L. W. D. *Devido Processo Legal e Proteção de Direitos*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 213-214.
- MITTERMAIER, C. J. A. *Tratado da Prova em Matéria Criminal*. 3ª. ed. Rio de Janeiro: [s.n.], 1917, p. 360.
- MOENSSSENS, A. A. et al. *Scientific Evidence in Civil and Criminal Cases*. 4. ed. New York: The Foundation Press, 1995, p. 1176.
- OLIVEIRA, E. P. D. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 345.
- PERELMAN, C.; OLBRECHTS-TYTECA, L. *Tratado da Argumentação: a nova retórica*. 2ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 297-299.
- QUINTILIANO, M. F. *Instituciones Oratorias*. Madrid: Librería de Pelado y Páez, v. I, 1916, p. 245.
- REBOUL, O. *Introdução à Retórica*. 2ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 91.
- ROSA, A. M. D. *Guia Compacto de Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2013, p. 165.
- SIMON, D. *In Doubt*. 1. ed. Cambridge: Harvard University Press, 2012, p. 144.
- STEIN, L. M. *Falsas Memórias: Fundamentos Científicos e Suas Aplicações Jurídicas*. 1ª. ed. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 22.
- TARUFFO, M. *Simplemente la Verdad: El juez y la construcción de los hechos*. 1. ed. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 93.
- VARELA, C. A. *Valoración de la Prueba*. 1. ed. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1990, p. 21.
- WALTON, D. *Legal Argumentation and Evidence*. 1ª. ed. Pennsylvania: The Pennsylvania State University Press, 2002, p. 17.
- WALTON, D. *Witness Testimony Evidence: Argumentation, Artificial Intelligence and Law*. 1. ed. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 259.